

MONIO CULTURAL COMO DERECHO HUMANO

Luis Pérez-Prat Durbán

AUTOR/AUTHOR:

Luis Pérez-Prat Durbán

ADSCRIPCIÓN PROFESIONAL/PROFESSIONAL AFFILIATION:

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pablo de Olavide

TÍTULO/TITLE:

Observaciones sobre el derecho al patrimonio cultural como derecho humano

Observations on Rights to Cultural Heritage as Human Rights

CORREO-E/E-MAIL:

lperpra@upo.es

RESUMEN/ABSTRACT:

El autor presenta un recorrido a través del marco jurídico relacionado con el patrimonio cultural y su inserción dentro de los Derechos Humanos. En nuestros días, el interés por este conjunto de derechos parece haberse acelerado. Al menos tres factores han contribuido a dicha aceleración. El primero de ellos es una práctica internacional más profusa, decidida y consistente. El segundo guarda relación con la emergencia en la agenda internacional de los pueblos indígenas. El tercero tiene que ver con los desarrollos doctrinales de una teoría de los derechos culturales que realce su aporte y de seguridad respecto de sus alcances respectivos y de las obligaciones que derivan de ellos para los poderes públicos, en el ámbito internacional y en el interno.

The author presents a summary of the legal framework related to cultural heritage and its incorporation into Human Rights. Nowadays, interest in this set of rights seems to have accelerated. At least three factors have contributed to this acceleration. The first of these is a more profuse, decided and consistent international practice. The second is related to the emergence of indigenous peoples into the international agenda. The third has to do with the doctrinal development of a theory of cultural rights that its contribution enhances and of safety with regards to their respective scopes and the obligations derived from them for public authorities in the internal and international fields.

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS:

Derechos Humanos; patrimonio cultural; derechos culturales.

Human Rights; cultural heritage; cultural rights.

DOI: <http://dx.doi.org/10.25267/Periferica.2014.i15.22>

1. De los derechos culturales

A estas alturas resulta más que evidente que los derechos culturales forman parte del catálogo de los derechos humanos y que la vinculación puede rastrearse hasta la Carta de las Naciones Unidas, cuyo art. 13 une a las tareas de la Asamblea General el fomento de la cooperación en materias de carácter económico, social, cultural y de ayuda a hacer efectivos los derechos humanos. Es verdad que esta vinculación es bien difusa y que, fuera de ella, no contiene cláusulas específicas que conecten la cultura con los derechos humanos (1). Pero desde ese escueto punto de partida puede hoy sostenerse, a raíz de los desarrollos normativos internacionales que ha deparado, que hay evidencias más que notables de la extensión de la protección de los derechos humanos al ámbito de la cultura y, en lo que nos interesa aquí, al patrimonio cultural. En efecto, como sostiene Farida Shaheed, Experta independiente en la esfera de los derechos culturales, nombrada por el Consejo de Derechos Humanos, «hablar de patrimonio cultural en el contexto de los derechos humanos significa tener en cuenta los múltiples patrimonios mediante los cuales las personas y las comunidades expresan su humanidad, dan sentido a su existencia, elaboran sus visiones del mundo y representan su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas» (2).

¿Conduce esta afirmación y, sobre todo, la práctica internacional a la consagración de un derecho al patrimonio cultural como derecho humano? De ser así, ¿cómo ha sido afirmado? ¿Cuáles son sus titulares, su naturaleza y contenido? ¿Qué obligaciones derivan para los Estados respecto a su respeto, protección y cumplimiento? Para buscar respuestas a estos interrogantes, analizaremos en el primer epígrafe las cuestiones significativas que afectan a los derechos culturales, como contexto normativo del derecho al patrimonio cultural. En el segundo epígrafe rastreamos los convenios de derechos humanos con el objetivo de rastrear en ellos la posible consagración del derecho al patrimonio cultural. El tercer epígrafe estará dedicado, con idéntica finalidad, al examen de los convenios internacionales sobre la protección del patrimonio cultural. El cuarto epígrafe estará dedicado al análisis del derecho a participar de la vida cultural y el quinto al examen del contenido del derecho al patrimonio cultural.

Desde luego que un punto de partida significativo viene dado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), adoptada en 1948 por la AGNU, cuyo art. 27 establece que «Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten». Pero en el ámbito interno, quizás la emergencia de los derechos culturales pueda retrotraerse más allá del período de creación de las Naciones Unidas, pues ya aparecía un derecho de similar contenido en el art. 4º de la Constitución mexicana de 1917: «Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales» (3).

De los derechos culturales se ha dicho que se trata de una categoría descuidada dentro de la más amplia de los derechos humanos, que su nivel de desarrollo no puede parangonarse

con los derechos sociales y económicos, menos aún con los de naturaleza política, que la práctica de los Estados y organismos internacionales abundan en esa dirección. Así lo ha sostenido, entre otros Janusz Symonides (4), aunque gran parte de esa afirmación no puede sostenerse ya, porque mucho ha cambiado la situación desde que lo afirmase el autor, allá por 1998. Sin duda que la consagración y el desarrollo de las diversas categorías de derechos humanos atiende al criterio de las tres generaciones –a la luz de los tres lemas de la Revolución francesa– acuñado por Karel Vasak (5) a finales de la década de los setenta y que, por ello, los derechos culturales han recibido un tardío empuje, frente a los derechos de primera generación y que ese tardío empuje es todavía más tardío puesto que parece darse también un distinto grado de profundización entre los derechos económicos, los derechos sociales y los culturales, a favor de los primeros respecto de los segundos y de los segundos sobre los terceros. Esa jerarquización de orden utilitarista y razonamiento economicista es intergeneracional y de naturaleza perdurable.

Pero, a despecho de lo dicho, en la actualidad el interés por este conjunto de derechos parece haberse acelerado y podemos advertir tres factores que han contribuido a dicha aceleración. El primero de ellos es una práctica internacional más profusa, decidida y consistente. El segundo guarda relación con la emergencia en la agenda internacional de los pueblos indígenas, lo que ha potenciado indirectamente la aproximación a los derechos culturales individuales y colectivos de las minorías y, más concretamente, de los relativos al patrimonio cultural. El tercero tiene que ver con los desarrollos doctrinales de una teoría de los derechos culturales que realce su aporte y de seguridad respecto de sus alcances respectivos y de las obligaciones que derivan de ellos para los poderes públicos, en el ámbito internacional y en el interno.

En relación con el primer factor, del avance notable de la práctica internacional sobre derechos culturales, aparte de las cláusulas de los convenios sobre derechos humanos que contienen disposiciones propias de los derechos culturales, y que examinaremos en el epígrafe posterior, como ejemplo de las realizaciones más importantes, merecen mencionarse dos concreciones. Por un lado, la celebración de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, celebrada en 2005, que ha sido ratificada por ciento treinta y tres países y que constituye el último de los instrumentos normativos sobre la cultura que ha sido adoptado en el ámbito de la UNESCO (6). A ello podríamos añadir otro tratado internacional, pues resulta significativo que, en la misma fecha, y en el marco del Consejo de Europa, se adoptara la Convención-marco sobre el valor del patrimonio cultural (Convención de Faro, de 27 de octubre de 2005). Sobre estos dos tratados volveremos.

Por otro lado, es más que relevante la apertura de un procedimiento especial por el Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, creado en virtud de su resolución 10/23 del 26 de marzo 2009. Ese procedimiento especial tiene por objeto que la experta independiente que ha sido designada por el Consejo de Derechos Humanos, la socióloga paquistaní Farida Shaheed, Relatora especial sobre los derechos culturales, trabaje para identificar las

mejores prácticas en la promoción y protección de los derechos culturales a nivel local, nacional, regional e internacional; detecte los obstáculos que pueden existir para la promoción y protección de los derechos culturales y presente propuestas y/o recomendaciones al Consejo acerca de posibles medidas para superarlos; y trabaje, en cooperación con los Estados, para fomentar la adopción de medidas de promoción y protección de los derechos culturales a nivel local, nacional, regional e internacional, mediante propuestas concretas destinadas a intensificar la cooperación subregional, regional e internacional. Hasta la fecha, la Relatora ha emitido cinco informes anuales, el segundo de los cuales, de 21 de marzo de 2011 (7), versa sobre en qué medida el derecho de acceso al patrimonio cultural y su disfrute forma parte de las normas internacionales de derechos humanos y que será clave para el desarrollo de las argumentaciones sobre el derecho al patrimonio cultural.

El segundo factor apunta a la emergencia, bien que relativa, de determinadas comunidades, sobre todo las indígenas, en la escena internacional desde hace unas dos décadas, tras muchas más de irrelevancia para la comunidad internacional, la práctica de los Estados y el discurso jurídico-internacional. La relevancia para estas comunidades –comunidades patrimoniales– de determinado tipo de patrimonio ha insuflado nuevo impulso a la codificación internacional del patrimonio cultural inmaterial, concretada en la Convención de la UNESCO de 2003, que afianza los derechos culturales y, en concreto, los vínculos de dichas comunidades patrimoniales con ese patrimonio.

El tercer factor que incide en la línea del fortalecimiento de los derechos culturales es, como dijimos, de carácter doctrinal y ha supuesto la formulación de una doctrina de los derechos culturales, que ha tenido como exponentes a autores como Peter Häberle y que ha trasfundido al debate constitucional y en el que se ha llegado a proponer una teoría de la Constitución como ciencia de la cultura (8). Según nos recuerda Luis Miguel Arroyo (9), la relevancia de la formulación de una doctrina sobre los derechos culturales parte de la base, en la actualidad, de construcciones como la de Häberle, quien sostiene que la cultura debe ser considerada como el cuarto elemento del Estado, si no el primero, o como la de Patricia Meyer-Bisch, para quien los derechos culturales deben entenderse como la piedra angular de los derechos humanos. En todo caso, lo que pretendo enfatizar es que estas aproximaciones proveen de una nueva urgencia a la tarea de profundizar en los derechos culturales, en su tipología y contenido, en su carácter autónomo o conexo, en el tipo de intervención que demandan del Estado.

Ese va a ser nuestro objetivo respecto de uno de ellos, el derecho al patrimonio cultural. Y, por lo tanto, si en el catálogo de derechos culturales que se deriva de la práctica internacional incluye un derecho al patrimonio cultural. De hacerlo, habrá que indagar cuál es su contenido y naturaleza, con especial incidencia en qué se entiende por patrimonio cultural, quiénes son los titulares y qué obligaciones derivan para los Estados del reconocimiento de tal derecho.

2. El derecho al patrimonio cultural y su plasmación en los convenios de derechos humanos

Recordemos el contenido del art. 27.1 de la DUDH: «Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten». A partir del ya mencionado art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, las inclusiones de derechos culturales en los convenios sobre derechos humanos se han multiplicado, tanto en instrumentos de alcance universal como regional. Nuestro interés se circunscribe, en este caso, y en exclusiva, al rastreo de la consagración de un derecho al patrimonio cultural, cuya formulación, debemos advertir, no aparece bajo tal denominación en los tratados internacionales. En el caso del art. 27 de la DUDH se recoge el derecho de toda persona a tomar parte de la vida cultural que, a priori, parece tener un alcance más amplio que el derecho al patrimonio cultural, pero el derecho a gozar de las artes se aproxima más a tal derecho, aunque el concepto arte es, a su vez, considerablemente más reducido que el de patrimonio cultural.

Sólo la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales recoge, *eo nomine*, un derecho al patrimonio cultural, cuya estructura podríamos tomar como punta de partida para calibrar sobre ese fiel las aportaciones de la práctica internacional. Esa Declaración es producto de la labor, bajo el amparo de la UNESCO, y sobre un proyecto previo de 1996, auspiciado por la misma organización, de un grupo de trabajo integrado por investigadores en el ámbito de los derechos humanos –*The Interdisciplinary Institute of Ethics and Human Rights* de la Universidad de Friburgo–, el Grupo de Friburgo. Tal Grupo elaboró una declaración sobre los derechos culturales, adoptada el 7 de mayo de 2007, que quedó bautizada como la Declaración de Friburgo (10). En su art. 3, bajo la rúbrica identidad y patrimonio culturales, se reconoce que toda persona tiene derecho: uno, a conocer y que se respete tanto su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad; y, dos, a acceder, en particular a través del ejercicio de los derechos a la educación y a la información, a los patrimonios culturales que constituyen expresiones de las diferentes culturas. Son dos, pues, los elementos de un derecho al patrimonio cultural: el derecho a que se respete tal patrimonio y el derecho a obtener el acceso al patrimonio cultural propio y de otras comunidades patrimoniales.

Si partimos a la busca de ese contenido de mínimos en los convenios de derechos humanos, resulta relevante, en primer lugar, el art. 15 del Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales (11), de 1966, en virtud del cual los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Con un alcance menor, puesto que se refiere sólo a los integrantes de minorías religiosas, étnicas o lingüísticas, el coetáneo Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos (12) reconoce en su art. 27 la obligación de los Estados partes de no negarles el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural. Se trata del mismo derecho, que puede ser disfrutado en unos casos individualmente y en otros como integrante de una

colectividad o comunidad dada. Su disfrute encuentra el lógico acomodo en la realización del mismo en el seno del grupo minoritario en el que encuentra todo su sentido.

Otros tratados relativos a los derechos humanos recogen menciones similares. La prohibición de la discriminación racial, contenido fundamental de la Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial (13), de 1965, se proyecta a un conjunto de derechos, enunciados en el art. 5, entre los que se menciona el derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales (art. 5.g.vi). De igual modo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (14), de 1979, exige a los Estados partes que adopten todas las medidas para garantizar la eliminación de la discriminación contra la mujer en el ejercicio de su derecho a participar en todos los aspectos de la vida cultural (art. 13 c). Para la infancia, la Convención sobre los derechos del niño (15), de 1989, recoge en su art. 31.2 la obligación de los Estados de respetar y promover el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística. Por su parte, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (16), de 1990, y de la que España no es parte, garantiza la igualdad de trato de los trabajadores migrantes respecto de los nacionales del Estado donde están empleados en relación con el acceso a la vida cultural y la participación en ella (art. 43.1.g). En la misma medida, y para las personas con discapacidad, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (17), de 2006, establece que los Estados reconocen el derecho de tales personas a participar en la vida cultural, en igualdad de condiciones con las demás personas.

También los textos internacionales que abordan derechos colectivos de las minorías y de los pueblos indígenas formulan derechos similares o idénticos al de la participación en la vida cultural, aunque pasados por el tamiz de su carácter colectivo y de su raíz identitaria. El ya mencionado art. 27 del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos subraya ese derecho de los integrantes de una minoría a participar de su propia vida cultural, en común con los demás miembros de su grupo. La Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992 (18), resulta más concreta, al referirse al derecho de las personas pertenecientes a las minorías a disfrutar de su propia cultura (art. 2.1), a participar efectivamente en la vida cultural (art.2.2).

En el caso de unas minorías especiales, las comunidades indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 61/295 del 13 de septiembre de 2007 (19), es con mucho, la más explícita formulación de derechos culturales, tanto de alcance individual como colectivo. El art. 5 explicita el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus instituciones culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar en la vida cultural del Estado. Conforme al art. 8 tanto los pueblos como los individuos indígenas tienen derecho a que no se destruya su cultura, obligándose a la par a los Estados a establecer

mecanismos eficaces para la prevención y resarcimiento de todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de sus valores culturales. El art. 11 consagra el derecho de los pueblos indígenas a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, lo que incluye «el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas». Bien interesante resulta la obligación de reparación contenida en el núm. 2 del citado art. 11, en el que se llega a afirmar que podrá incluir la restitución de «bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres». Aunque no parece formularse con rotundidad un derecho a la restitución o devolución de esos bienes, sino que se indica como una posibilidad. El art. 12 afirma los derechos de los pueblos indígenas a practicar sus tradiciones culturales, mantener sus lugares culturales y acceder a ello privadamente, y a obtener la repatriación de sus restos humanos. Este derecho a la repatriación de los restos humanos no deja de ser discutido desde otros puntos de vista, aunque existe ya alguna práctica de devoluciones, de la que es caso significativo en nuestro país la repatriación a Botswana en 2000 del *negro de Banyoles*, el guerrero de la etnia bechuana que se exhibía en el Museo Darder de la localidad catalana. Finalmente, el art. 13 de la Declaración aborda el derecho de los pueblos indígenas a transmitir su bagaje cultural a las generaciones futuras.

De los textos citados sobre las minorías debe recordarse la distinta naturaleza del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos, un auténtico tratado internacional y, por tanto, obligatorio para los Estados partes, frente a las dos declaraciones de la AGNU, actos de carácter no vinculante cuyas disposiciones no se han transmutado *in toto* en normas de Derecho internacional general, de alcance consuetudinario, por tanto. En algunos de los derechos que hemos recordado tal vez si se haya dado o se esté dando ese paso, pero para adquirir certidumbre sobre el particular sería necesario el análisis de las legislaciones de los Estados con pueblos indígenas, que hayan podido volcar en ellas algunas de las prescripciones de las mencionadas declaraciones.

En el ámbito regional europeo no parece haber alcanzado acomodo en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos el derecho a la participación en la vida cultural, cuanto menos el derecho al patrimonio, hasta la celebración de un tratado adoptado en el marco del Consejo de Europa, que no es estrictamente un convenio de derechos humanos. Se trata de la Convención-marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad, o Convención de Faro, de 27 de octubre de 2005.

Pero vayamos por partes hasta alcanzar la Convención de Faro. En el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 1950) no hay señal alguna de derechos relativos al ámbito de la cultura. En cambio, el peso de la cultura es un poco más pronunciado en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en la que dos artículos tocan, bien que tangencialmente la cuestión que nos ocupa. El

art. 13, relativo a la libertad de las artes y las ciencias, establece que «las artes y la investigación científica son libres». Se trata, como bien apunta José Martín y Pérez de Nanclares, de una libertad que, en el ámbito comunitario, tiene poco recorrido porque la competencia de la Unión en la materia es únicamente de fomento y apoyo a la creación artística y literaria, por lo que las violaciones de las libertades de las artes por parte de las instituciones comunitarias resultan difícilmente imaginables (20). Pero, en cuanto al derecho al patrimonio, parece a priori alejada de su contenido, dado que los sujetos de tal derecho no necesariamente son los autores de las obras artísticas. Y, además de en el art. 13, en el art. 22 de la Carta de los derechos fundamentales se recoge otra mención a la cultura. En este caso, tal precepto establece que «la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística». Es fácil coincidir con Araceli Mangas Martín (21) en que este precepto no contiene un derecho individual o subjetivo, sino un principio rector de acción de las instituciones, lo que le aleja más todavía que en el caso anterior de un posible derecho al patrimonio cultural.

Por lo tanto, de los convenios sobre derechos humanos de carácter universal se deriva la consagración de un derecho a la participación en la vida cultural cuyo máximo exponente se encuentra en el art. 15 del Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales de 1966. Nada hay, salvo que esté incluido en el citado derecho, de un derecho autónomo al patrimonio cultural. En el caso europeo, la situación es más acusada, puesto que ni siquiera se menciona el derecho a la participación en la vida cultural.

3. El derecho al patrimonio en los convenios internacionales sobre patrimonio cultural

A primera vista, parece aventurado pensar que pudiera rastrearse la consagración –o la mera mención– de un derecho al patrimonio, concebido como derecho humano, en el corpus de convenios internacionales que, bajo los auspicios de la UNESCO, y desde los años cincuenta del siglo pasado, se dedican a la regulación del patrimonio cultural. Y, como hicimos también en el epígrafe anterior, abordaremos con la misma intención los convenios que en el ámbito europeo, sobre todo en el caso del Consejo de Europa, se dediquen al mismo objeto regulador. La aproximación de la Unión Europea al patrimonio cultural es más tangencial, focalizada sobre todo en la adopción de medidas que palién la desaparición de las fronteras interiores, debido a la existencia del Mercado interior, y que se concretan en procedimientos para que los Estados miembros obtengan la devolución de los bienes culturales que han salido ilegalmente de sus territorios en dirección al territorio de otro Estado miembros. Por eso, nada tiene que ver con el derecho al patrimonio cultural como derecho subjetivo la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 1024/2012 (refundición) (22).

Los convenios de la UNESCO que abordan la protección del patrimonio cultural a escala universal lo hacen tanto sectorialmente como desde fechas no coincidentes y que, por lo tanto, reflejan distintos períodos en la maduración de lo que se entiende como patrimonio cultural y de las técnicas aplicadas a su protección. No es posible enjuiciar con el mismo criterio la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado que la Convención de la UNESCO de 2003 sobre la protección del patrimonio cultural inmaterial, por las dos razones que anticipábamos. La sectorial, porque un convenio que pretende salvaguardar los bienes culturales de los efectos de la guerra encuentra como lógicos destinatarios de sus preceptos y como receptores de sus derechos, o abocados a cumplir las obligaciones que crea, a los Estados. La vinculación primordial es la que traba el convenio entre el patrimonio cultural y el Estado que debe protegerlo y, todo lo más, puede incorporar una dimensión universalista, fundada en que una motivación de tal protección es preservar ese patrimonio para las generaciones futuras o porque se trata de un patrimonio cultural de la humanidad. En cambio, un convenio que tiene por objetivo la regulación del patrimonio cultural intangible o inmaterial, no puede por menos de endosar, junto a los Estados, la presencia de otros actores, de otras comunidades patrimoniales que manifiestan vínculos propios, de carácter identitario con un patrimonio cultural dado, diferenciado del patrimonio cultural nacional.

Y la razón cronológica, porque aunque en 1954 ya se contaba con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la eclosión de los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos es posterior a la Convención de La Haya y, por lo tanto, resulta connatural que en 2003 pueda formularse en clave de derecho subjetivo lo que en 1954 parecería inimaginable. El avance en la reflexión sobre la aplicabilidad directa de ciertas disposiciones de los tratados internacionales está de esta manera, y desde una perspectiva puramente teórica, mediatizado por la flecha del tiempo.

Desde esta doble perspectiva, parece lógico que no encontremos derechos subjetivos relativos al patrimonio cultural en los textos de la UNESCO que constituyen la primera hornada, situada entre 1954 y 1972. No es su objetivo y no existe voluntad alguna en esa dirección. Los derechos y las obligaciones que se formulan son de los Estados. En efecto, la Convención de La Haya de 1954 (23) articula un sistema de protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado formulando para los Estados obligaciones de respeto a tal tipo de patrimonio sin introducir, en ningún momento, la dimensión humana en clave de derechos subjetivos. Se dedica a establecer las disposiciones concretas del régimen general de protección y, además, para el patrimonio cultural más importante, un régimen especial de protección. Pero en ambos casos, las reglas se dirigen a los Estados. Por su parte, la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (24) tampoco incluye derechos subjetivos. Su objetivo de combatir el tráfico ilícito de bienes culturales se asienta sobre la voluntad de los Estados, los reales destinatarios de las disposiciones de la Convención que, además, permite una flexibilidad tal en su aplicación, que imposibilita la existencia de disposiciones de aplicación directa. Como sostiene Ana Filipa Vrdoljak (25):

«the most striking characteristic of the Convention is the centrality of the state. The final text is pervaded by the references to the ‘state’ and ‘national’ culture, laws, institutions, and enforcement mechanisms. It is the state that defines which cultural material is protected and implements the measures for its protection.»

En la misma medida, la Convención de la UNESCO de 1972 sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (26), atiende al establecimiento de un sistema de tutela de cierto patrimonio cultural de valor universal excepcional, sistema que es complementario del que los Estados aplican en la protección de ese patrimonio. Por ello, y aunque la Convención de 1972 destila unas ciertas dosis de universalismo en el objetivo de garantizar la preservación de un patrimonio común de la humanidad, no se proyecta al plano individual, ni afecta a los derechos subjetivos que pudieran formularse respecto a ese mismo patrimonio. Nada habría impedido que se consagrara un derecho de toda persona al patrimonio cultural mundial, como consecuencia lógica de la existencia de tal patrimonio. Pero en esa época ni el mismo concepto de derecho al patrimonio cultural, ni la inclusión de una disposición de tal factura jurídica en la Convención de 1972, eran factibles.

La segunda hornada de Convenciones de la UNESCO principia con la Convención de 2001 para la protección del patrimonio cultural subacuático (27), en la que, a pesar de las posibilidades que depara el factor cronológico, la peculiaridad de su objetivo –marcar las responsabilidades y distribuir las competencias de preservación del patrimonio cultural subacuático entre los Estados en los distintos espacios marinos–, tampoco integra una aproximación que permita la formulación de derechos subjetivos. Cuestión distinta hubiera sido, tanto por razón de la materia, como por el momento en que se celebra el tratado, que emergiese un derecho subjetivo al patrimonio cultural en el marco de la Convención de la UNESCO de 2003 para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (28). Por razón de la materia, dado que la propia Convención de 2003, al definir ese tipo de patrimonio en el art. 1, enfatiza la vinculación con determinados usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas de las comunidades, grupos y, en algunos casos, los individuos que lo reconocen como parte integrante de su patrimonio. Sostiene Francesco Francioni (29) que:

«the link with human Rights, and in particular with the collective dimension of the right to access, perform and maintain a group’s culture, underlies the adoption in 2003 and the remarkable success of the Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage... States remain the contracting parties to the convention but the substantive addressees are the cultural communities and human groups, including minorities, whose cultural traditions are the real object of the safeguarding under international law.»

El papel dado en la Convención de 2003 a las comunidades, grupos y, en algunos casos, individuos, se articula en tres direcciones, como nos recuerda Sabrina Urbinati (30): primera, son los sujetos requeridos para reconocer un elemento cultural intangible como parte del patrimonio cultural; segundo, juegan un papel en la transmisión y recreación de ese elemento cul-

tural intangible; y, tercero, son los portadores de la identidad que les confiere ese mismo elemento cultural intangible. Por eso, el art. 15, dedicado a la participación de las comunidades, grupos e individuos, mandata al Estado parte para que trate de lograr, en el marco de sus actividades de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial «una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo». Dentro de las medidas de salvaguardia, por otra parte, se establece que cada Estado hará todo lo posible por garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial (art. 13.d.ii), lo que se aproxima algo al derecho a participar de la vida cultural, aunque no se encuentre formulado ni en clave de obligación para el Estado ni, conjugado con lo establecido en el art. 15, de derecho de las comunidades, grupos e individuos. La Convención no coloca en el centro de su gestión a los actores no estatales, y mucho menos perfila un derecho al patrimonio cultural inmaterial.

La aproximación estatalista vuelve a primar en las últimas de las convenciones adoptadas en el marco de la UNESCO, aunque no se trate en este caso de un tratado regulador del patrimonio cultural. Nos referimos a la Convención de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (31), de 2005. Se entiende por este último término «las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural» (art. 4.3). Y es de notar, como sostiene Mira Burri (32), la radical apuesta por la soberanía que destila la Convención, como muestra su art. 2.2, según el cual «los Estados tienen el derecho soberano de adoptar medidas y políticas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios». Por ello, no puede resultar extraño, una vez más, que ningún derecho cultural del tipo que sea ha sido recogido en el texto de la Convención. Tal posición contrasta con el contenido de la previa Declaración de la UNESCO sobre diversidad cultural, adoptada el 2 de noviembre de 2001, en cuyo art. 5, bajo el título *Los derechos culturales, marco propicio para la diversidad cultural*, se sostiene que «los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los definen el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona debe tener la posibilidad de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural; toda persona debe tener la posibilidad de participar en la vida cultural que elija y conformarse a las prácticas de su propia cultura, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales». Este contenido bien podría haber encontrado un hueco en la Convención de 2005. Y tampoco debemos olvidar que la Declaración recogía explícitamente, en su par. 16 del Anexo II, el derecho a la cultura al entender que los Estados deben defender «el derecho público de acceso a la cultura, de conformidad con el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos».

Si pasamos al ámbito europeo, los convenios que, bajo los auspicios del Consejo de Europa, tienen por objeto regulador algún tipo de patrimonio, bien sea el arquitectónico –Convención para la salvaguardia del patrimonio arquitectónico de Europa (33) (Convención de Granada, 3-octubre-1985)–, o bien el arqueológico –Convenio europeo para la protección del patrimonio arqueológico (revisado) (34), La Valeta, 16 de enero de 1992–, no hacen referencia a la dimensión humana de dicho patrimonio. No sucede lo mismo con la Convención-marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad o Convención de Faro de 2005. Tanto su preámbulo como, muy significativamente por tanto, su art. 1, que aborda los objetivos de la Convención, incorpora el reconocimiento por los Estados partes de que «el derecho al patrimonio cultural es inherente al derecho a participar en la vida cultural, tal como es definido en la Declaración Universal de Derechos Humanos». Lo que implica la primera constatación del derecho al patrimonio cultural en un instrumento internacional. El art. 4 resulta clave en la definición de este derecho. Según su tenor literal, los Estados partes reconocen que toda persona, individualmente o en común, tiene el derecho a beneficiarse del patrimonio cultural y a contribuir a su enriquecimiento (art. 4.a); que es responsabilidad de toda persona, individualmente o en común, respetar el patrimonio cultural de otras personas y, en consecuencia, el patrimonio cultural de Europa (art. 4.b); y que el ejercicio del derecho al patrimonio cultural no puede ser objeto más que de las restricciones necesarias en una sociedad democrática para la protección del interés público, de los derechos y de los libertades de las otras personas (art. 4.c).

El punto débil de la Convención de Faro es que, por ahora, los Estados partes no son muy numerosos, sólo dieciséis y que, entre los que la han celebrado no se encuentran países como España, Francia, Reino Unido, Bélgica, Alemania, Austria, Italia, Rusia, Polonia, Suecia, Suiza o Turquía.

Por tanto, los convenios que sobre el patrimonio cultural se han adoptado en el marco de la UNESCO y del Consejo de Europa optan por confiar en los Estados partes sus derechos y obligaciones y, salvo lo dicho sobre la Convención de Faro de 2005, no contienen disposiciones que reconozcan a los particulares derechos subjetivos al patrimonio cultural.

4. El contenido del derecho a participar en la vida cultural

Tal y como resulta de la práctica internacional examinada, y a salvo de las menciones incluidas en la Convención de Faro de 2005 al derecho al patrimonio cultural, el único derecho que se contempla en los instrumentos que hemos examinado es el derecho a participar en la vida cultural. Las formulaciones que contienen los textos internacionales previamente citados son similares y, por tanto, de interpretación parangonable. Sólo parecen encontrar una formulación algo diferenciada el ya reiteradamente citado art. 27 de la DUDH y la más que detallada y minuciosa Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Al respecto, la Convención de Faro suscita un interrogante: ¿es el derecho al pa-

rimonio cultural, como sugiere el preámbulo de la citada convención, «un aspecto del derecho a tomar libremente parte en la vida cultural consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos»? O, como parece derivarse del juego que da la Convención al citado derecho, consagrándolo como objetivo en el art. 1 y definiendo su contenido en el art. 4, ¿estaríamos ante un derecho autónomo aunque emparentado con el otro derecho?

Analizaremos por tanto, en primer lugar, el derecho a participar de la vida cultural, principian-do por el art. 27 de la DUDH (35) y lo haremos en conjunción con el art. 15 del Pacto inter-nacional de derechos económicos, sociales y culturales (36). En origen, la concepción que se tenía de cultura en el momento de la adopción de la DUDH era la de la alta cultura, según indican los trabajos preparatorios, por lo que la participación en la vida cultural a la que se refería el art. 27 indicaba tomar parte en actividades artísticas e intelectuales (37) y tenía por objetivo garantizar el acceso de las masas a esa cultura de la que habían disfrutado tradicio-nalmente las élites. Para Julie Ringelheim (38), la interpretación del término vida cultural uti-lizada tanto en el artículo 27 de la DUDH como en el art. 15 del Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales ha sufrido una doble evolución. Por un lado, se ha extendido el término cultura, para incluir la cultura popular y la cultura de masas; y, por otro lado, se ha entendido que la cultura no se refiere solo a expresiones intelectuales y ar-tísticas, sino que cubre la cultura en un sentido antropológico (39).

La interpretación canónica del derecho a participar en la vida cultural se debe a la Observa-ción general nº 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto del derecho contenido en el art. 15.1.a del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (40). El Comité ha calificado tal derecho de libertad, lo que implica que obliga a los Estados tanto a abstenerse de cualquier injerencia en el ejercicio de las prácticas cultu-rales o en el acceso a los bienes culturales, como a adoptar medidas positivas que garanticen las condiciones previas para participar en la vida cultural y para acceder a los bienes cultu-rales. Es un derecho del que es titular toda persona, lo que significa, según ha interpretado previamente el Comité en la Observación General nº 17 relativa al derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (41), tanto un sujeto individual como colectivo, que pueden ejercer el derecho bien individualmente, en asociación con otras personas o dentro de una comunidad o un grupo.

En cuanto al concepto de cultura, el Comité ha entendido que no se trata de expresiones ais-ladas o compartimentos estancos, sino como un proceso interactivo a través del cuál los in-dividuos y las comunidades dan expresión a la cultura de la humanidad. Por ello, la cultura comprende «entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y los juegos, los métodos de producción o la tecnolo-gía, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades

expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas» (42).

Tal y como se encuentran formuladas en los textos internacionales, las variantes del derecho a participar, o a tomar parte, en la vida cultural, significan lo mismo, en la opinión del Comité, concretándose en tres componentes principales, relacionados entre sí: primer componente, la participación en la vida cultural, que implica el derecho de toda persona, que puede llevarlo a cabo sola, grupalmente o en el seno de la comunidad a la que pertenece, a ejercer sus propias prácticas culturales. Para ello, es necesario, segundo componente, el acceso a la vida cultural y, en particular, «el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o en comunidad) a conocer y comprender su propia cultura y la de los otros, a través de la educación y la información y a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural» (43). Y, tercer componente, la contribución a la vida cultural, que se concreta en el derecho a contribuir a la creación de las manifestaciones culturales de la comunidad y en la formulación de las decisiones comunitarias que incidan sobre el ejercicio de los derechos culturales.

El Comité señala que, sobre la base de la igualdad y la no discriminación el ejercicio del derecho a participar en la vida cultural requiere también la disponibilidad de los bienes culturales para que sea posible su aprovechamiento; la accesibilidad, entendiendo por tal que los titulares del derecho puedan efectivamente disponer de oportunidades a su alcance –físico y financiero– para disfrutar de la vida cultural; y la aceptabilidad de las normas, políticas y estrategias del Estado por parte de las personas y comunidades patrimoniales.

Considerado en su integridad este derecho, podría resultar de lo más gravoso para el Estado. En ese sentido, y aunque el Pacto impone a los Estados la obligación inmediata de garantizar que el derecho a la participación en la vida cultural sea ejercido sin discriminación, a la vez que debe reconocer las prácticas culturales y abstenerse de cualquier injerencia en su disfrute (44), se refiere a la realización progresiva de este derecho, determinada por las disponibilidades presupuestarias. Pero ello, y esto es importante, no exime al Estado de la «obligación expresa y continua de adoptar medidas deliberadas y concretas destinadas a la realización de» (45) tal derecho. Resulta bien imprecisa dicha obligación, que deja, conjugada con la situación financiera del Estado, en gran proporción a su albur la adopción continuada de las medidas.

Pero la Observación nº 21 no sólo concreta estas obligaciones de corte general, aplicables a todos los derechos incluidos en el Pacto, sino que formula obligaciones específicas para los Estados, derivadas del concreto derecho a participar en la vida cultural. De toda la panoplia amplia de obligaciones, que se estructuran en torno a los consabidos tipos de obligaciones de respetar, proteger y cumplir, vamos a colocar el acento en las relacionadas con el patrimonio cultural. En ese sentido, y dentro de las obligaciones de respetar, cabe señalar la adopción de medidas por el Estado que permitan a toda persona elegir libremente su propia identidad cultural y decidir si pertenece o no a una comunidad cultural o patrimonial.

El término comunidad cultural o patrimonial no se utiliza por el Comité en la Observación General nº 21; el de comunidad cultural está acuñado por la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales, que la define en su art. 2.2 como «un grupo de personas que comparten las referencias constitutivas de una identidad cultural común, que desean preservar y desarrollar».

Por su parte, el término comunidad patrimonial se debe a la Convención-marco del Consejo de Europa de 2005 sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad, en cuyo art. 2.b se la define como:

«personnes qui attachent de la valeur à des aspects spécifiques du patrimoine culturel qu'elles souhaitent, dans le cadre de l'action publique, maintenir et transmettre aux générations futures.»

Salta a la vista que el concepto de comunidad patrimonial manejado por esta Convención de Faro ha influido la definición de comunidad cultural de la Declaración de Friburgo, adoptada dos años después de la celebración de aquélla. Tal y como se interpreta en el Informe explicativo de la Convención (46), redactado por el comité de expertos y transmitido al Comité de Ministros del Consejo de Europa, el concepto de comunidad patrimonial es más bien flexible y no requiere de ninguna acción positiva por parte de una persona para pertenecer a una comunidad. En efecto, en cuanto a la flexibilidad, sostiene el Informe explicativo que:

«Le concept de communauté patrimoniale est présenté comme se définissant par lui-même: c'est en appréciant et en désirant transmettre en interaction avec d'autres un patrimoine culturel qu'une personne devient membre d'une communauté. Une communauté patrimoniale se définit à géométrie variable en évitant ainsi des références à des ethnies ou autres communautés figées. Une telle communauté peut avoir un fondement géographique relié à la pratique d'une langue ou d'une religion ou bien résulter de valeurs humanistes ou d'un passé assumé ensemble. Elle peut cependant également résulter d'un intérêt commun d'un autre type. Une prédilection pour l'archéologie, par exemple, peut créer une «communauté archéologique» dont les membres sont uniquement liés par le patrimoine culturel correspondant à leur activité».

Y, en cuanto a la pertenencia a una comunidad patrimonial dada, se indica también en el Informe explicativo que «la définition ne requiert pas l'action. Pour être membre d'une communauté patrimoniale, il suffit d'accorder de la valeur à un patrimoine culturel ou de vouloir le transmettre».

Otra obligación de respetar que incumbe a los Estados es la de garantizar el accesos al patrimonio cultural en general y, en concreto, de determinadas comunidades patrimoniales como las minorías o los pueblos indígenas.

En el capítulo de las obligaciones de proteger, se sitúa en primer lugar la genérica de salvaguardar el patrimonio cultural en todas sus formas, y el de todas las comunidades patrimoniales existentes en el Estado, incluida la protección cuando se formulan políticas de otra índole (medioambientales, de desarrollo económico) que pudiesen impactar sobre el patrimonio.

Y, finalmente, las obligaciones de cumplir giran en torno a la adopción de políticas que protejan la diversidad cultural, que faciliten el acceso a las expresiones culturales, que permitan a las comunidades patrimoniales y culturales desarrollar sus propias prácticas culturales sin interferencias.

Esta presentación sucinta y esquemática de la Observación General nº 21 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales plantea que el derecho a participar de la vida cultural integra, de forma connatural, elementos que, por otra parte, podría aglutinarse en un derecho al patrimonio cultural. La cuestión es si tiene sentido conceder autonomía a un derecho como éste. Pero, en todo caso, debe tenerse en cuenta que los textos internacionales de carácter universal, como es el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, no formulan tal derecho sino que lo conciben como un elemento esencial del más amplio derecho a participar en la vida cultural. Que donde adquiere autonomía y carta de naturaleza el derecho al patrimonio cultural, más allá de la mención al derecho a gozar de las artes que formulaba el art. 27 de la DUDH, es en un tratado de carácter regional como la Convención de Faro de 2005 –que, además, no cuenta con un número amplio de Estados partes y, entre los que los son, no figuran señalados países europeos– y en una Declaración como la de Friburgo que carece de efectos vinculantes.

5. El contenido del derecho al patrimonio cultural

Una diferencia entre el art. 27 de la DUDH y el art. 15 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales se encuentra en el derecho de toda persona «a gozar de las artes» que recoge el art. 27 de la DUDH, junto al derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad. Esta mención no se incluye, en cambio, en el art. 15 del Pacto, que sustancia el asunto sólo con el derecho de toda persona a participar de la vida cultural. Suscita la duda de si estamos ante un derecho autónomo del derecho a participar de la vida cultural, o si se trata de una concreción, de un elemento de ese derecho más amplio. De ser lo primero, ¿por qué no alcanzó codificación en el Pacto? Y, ¿sería un estado primitivo del derecho al patrimonio cultural, formulado más estrictamente, porque el concepto de patrimonio cultural ocupa un ámbito más amplio que el de patrimonio artístico?

Si seguimos a Roger O Keefe (47), el art. 15 cubre también el derecho a gozar del patrimonio cultural pues, para el autor citado, de tal disposición se extraen tres consecuencias para los Estados partes en el Pacto, formuladas en clave de obligaciones internacionales: la primera,

que a los Estados compete el mantenimiento y la salvaguardia de la propiedad artística, histórica y arqueológica que se encuentra en su territorio «as an integral aspect of promoting the cultural life of its own citizens, be it the whole nation or some minority therein»; la segunda, que se encuentra bajo la responsabilidad del Estado preservar tales objetos y lugares para beneficio de toda la humanidad, como parte del patrimonio cultural de la humanidad; y la tercera, que el Estado, derivado de su obligación anterior, se encuentra en la obligación subsiguiente de hacer accesible tal patrimonio a la investigación internacional.

Si seguimos la Observación General nº 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la conclusión, como vimos en el epígrafe anterior, debe ser la misma: forman parte integrante del derecho de toda persona a participar de la vida cultural, como elementos del mismo, aspectos consustancialmente vinculados con el goce de las artes, en suma, con el disfrute del patrimonio cultural.

¿Por qué es necesario, entonces, que adquiera carta de naturaleza como derecho autónomo un derecho al patrimonio cultural? Para la Experta independiente en la esfera de los derechos culturales, «considerar el acceso al patrimonio cultural y su disfrute como un derecho humano es un criterio necesario y complementario de la preservación y salvaguardia del patrimonio cultural. Además de preservar y salvaguardar un objeto o una manifestación en sí misma, obliga a tener en cuenta los derechos de las personas y las comunidades en relación con ese objeto o manifestación y, en particular, conectar el patrimonio cultural con su fuente de producción. El patrimonio cultural está vinculado a la dignidad e identidad humana. El acceso al patrimonio cultural y su disfrute es una característica importante de un miembro de una comunidad, un ciudadano y, de una forma más amplia, un miembro de la sociedad» (48).

De las razones aducidas por la Experta independiente, el núcleo fundamental de los argumentos a favor de la consagración del derecho al patrimonio cultural se encuentra no tanto en la progresiva intensidad con que los Estados, cooperando internacionalmente o a escala nacional, se han comprometido en la protección del patrimonio cultural, cuanto en la emergencia de tensiones relativas a qué patrimonio cultural debe ser protegido y, sobre todo, de quién. Las mismas razones que han hecho aflorar conceptos como el de comunidad patrimonial inciden en la idea de que, en ocasiones, un Estado puede no estar interesado en la protección de determinados patrimonios culturales que no tiene como propios, y que son reclamados por minorías étnicas, culturales o religiosas, o pueblos indígenas, que viven en su propio territorio.

El respeto y la protección de patrimonios culturales que no corresponden a la comunidad nacional, sino a otro tipo de comunidades, como las indicadas, puede encontrar un instrumento adecuado en la formulación de un derecho al patrimonio cultural como derecho humano, que puede ser disfrutado individual o comunitariamente y, en su caso, esgrimido ante las instancias judiciales del Estado que puede tener la tentación de no preservarlo como propio. Por lo tanto, en el avance de tal derecho han constituido factores claves el avance en la regulación internacional de los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas. Tal cir-

cunstancia se ve reflejada en las conclusiones y recomendaciones del Informe de 2011 de la Experta independiente cuando afirma que «el derecho de acceso al patrimonio cultural y su disfrute forma parte de las normas internacionales de derechos humanos, encontrando su base jurídica, en particular, en el derecho de participar en la vida cultural, el derecho de los integrantes de las minorías de disfrutar de su propia cultura y el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y a mantener, controlar, proteger y desarrollar el patrimonio cultural» (49). La duda que puede caber es que se trata de la acumulación de bases jurídicas ya existentes y su articulación en un nuevo derecho autónomo, solapado, por tanto con los mencionados. La virtud de este planteamiento estará, en cambio, en la mayor visibilidad del derecho al patrimonio cultural.

Si el derecho al patrimonio cultural cuenta con autonomía, ¿qué debemos entender por patrimonio cultural en ese caso? Volvamos a la opinión expresada líneas arriba por Roger O’Keefe. ¿A qué patrimonio cultural se refiere? Porque la noción de patrimonio cultural en el ámbito internacional es plural, dado que existe una definición por cada aproximación sectorial –patrimonio amenazado por un conflicto armado; bienes culturales que han sido robados o salido ilegalmente de su Estado; patrimonio mundial de valor universal excepcional; patrimonio cultural subacuático; patrimonio cultural inmaterial. No pueden ser reducidas a una única noción porque las definiciones no son coincidentes y, además, porque no todos los Estados participan de todos los convenios que la UNESCO dedica a la protección del patrimonio cultural.

Inclusive, tomando el concepto de patrimonio cultural de la humanidad, ¿se refiere Roger O’Keefe al patrimonio que se encuentra inscrito en la Lista del Patrimonio Mundial que ha establecido la Convención de la Unesco de 1972? ¿Habría también que incluir al patrimonio cultural consagrado en el art. 1 de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, toda vez que en el preámbulo de ese tratado se considera que «los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad? Y qué decir del patrimonio cultural subacuático, cuya Convención de la UNESCO de 2001 entiende también en su preámbulo que es parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad. Del mismo modo, la Convención de la UNESCO de 2003 pretende, de nuevo en su preámbulo, salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial de la humanidad. ¿O es que lo que se pretende es realizar un distingo entre los titulares del derecho al patrimonio dependiendo de si éste es patrimonio cultural, patrimonio cultural de la humanidad o patrimonio cultural de una comunidad dada? De producirse distingos, debe ser reconociendo, como hace la Experta independiente, diversos grados de acceso y disfrute de los titulares del derecho, como veremos más adelante.

La definición que da de patrimonio cultural la Convención-marco del Consejo de Europa de 2005 sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad, es mucho más vaga. Entiende por tal «un conjunto de recursos heredados del pasado que las personas consideran, más

allá del régimen de propiedad de los bienes, como un reflejo y una expresión de sus valores, creencias, saber y tradiciones en continua evolución (art. 2.b).

Lo que queda claro es que de la normativa internacional no puede aportarse un concepto único y homogéneo de patrimonio cultural que nos sirva para interpretar ese término. Parece más lógico que el marco referencial para la interpretación de tal concepto, dadas las dificultades señaladas, y habida cuenta que el ejercicio del derecho tendrá lugar en el territorio de un Estado, sea el de la legislación sobre patrimonio cultural de ese Estado y, por lo tanto, de los bienes culturales designados por éste en aplicación de dicha normativa. Esta solución incluye, por otra parte, las disposiciones internacionales sobre patrimonio que cada Estado haya asumido, por lo que resulta ser una interpretación más amplia y generosa que la que pudiera surgir de las normas internacionales. Y en ese marco normativo queda claro que el Estado está obligado a considerar como su patrimonio tanto el que pudiese tener una base nacional como el perteneciente a comunidades patrimoniales de diversa índole que habitan en su territorio. La resistencia de un Estado a considerar estos patrimonios como propios significaría una violación de las normas internacionales que le obligan en ese sentido –tal vez la Convención de la UNESCO de 2001 sobre patrimonio cultural inmaterial, o la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales– y, por supuesto, del art. 15 del Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. También, desde luego, del derecho al patrimonio cultural, en el contexto normativo en el que este derecho se encuentre afirmado con carácter autónomo.

La Experta independiente en la esfera de los derechos culturales es muy poco concluyente en este terreno. Bien está que se sostenga que el concepto de patrimonio refleja un carácter dinámico de algo que ha sido desarrollado, construido o creado, interpretando o reinterpretando en la historia y transmitido de generación en generación (50). Y es cierto que hablar de patrimonio en el contexto de los derechos humanos significa tener en cuenta los múltiples patrimonios mediante los cuales las personas y las comunidades expresan su humanidad (51). Pero la clave se encuentra en respetar los procedimientos en virtud de los cuales determinadas personas y comunidades atribuyen valores a objetos, prácticas y tradiciones que los convierten en patrimonio cultural. Y en ese contexto sí es verdad que deban tomarse en cuenta las diferencias de poder a las que alude la Experta independiente «por cuanto afectan a la capacidad de los individuos y los grupos para contribuir efectivamente a la identificación, el desarrollo y la interpretación de lo que se ha de considerar» (52) patrimonio cultural. Lo que incluye también el derecho a no participar. El examen del contenido plausible del derecho al patrimonio cultural arrojará más luz sobre el particular.

¿Cuál es ese contenido? No es posible realizar otra operación que la de echar mano del contenido del derecho a participar de la vida cultural y, en ese sentido, siguiendo lo concretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General nº 21, que es el camino que sigue también la Experta independiente. El acceso al patrimonio cultural y su disfrute es el contenido esencial, junto con el derecho a contribuir a la determi-

nación, interpretación y desarrollo del patrimonio cultural y al diseño y aplicación de las políticas y programas que tienen por objetivo su preservación y salvaguardia. En cuanto al acceso y disfrute, comprende tanto el acceso físico –complementado a través del acceso mediante el uso de las tecnologías de la información–, como el acceso económico, que garantiza que sea posible el disfrute con independencia de la posición económica, el acceso a la información, para recabarla sobre el patrimonio cultural, y, finalmente, el acceso a los procedimientos de adopción de decisiones en los procesos atinentes al patrimonio cultural. En realidad, como concreta la mencionada Observación General nº 21, estaríamos ante el derecho de toda persona, sola, en asociación con otras o como una comunidad, a conocer y comprender su propio patrimonio cultural y el de otros a través de la educación, la información y a recibir tales informaciones y educación con pleno respeto a su identidad cultural. En la misma línea se sitúa la Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales, en cuyo art. 3 se concreta el derecho de toda persona, individual o colectivamente, «a acceder, en particular a través del ejercicio de los derechos a la educación y a la información a los patrimonios culturales que constituyen expresiones de las diferentes culturas, así como recursos para las generaciones presentes y futuras».

Por su parte, la Convención Faro de 2005 formula los derechos y responsabilidades concernientes al patrimonio de una manera similar. Según el art. 4, los Estados partes reconocen que toda persona, sola o en común, tiene derecho a beneficiarse del patrimonio cultural y a contribuir a su enriquecimiento.

Así concebido, el derecho al patrimonio cultural puede ser ejercido individualmente, en grupo, o en comunidad, sea cual sea el perfil de ésta. Porque, recordando de nuevo la Declaración de Friburgo, toda persona tiene la libertad de elegir e identificarse, o no, con una o varias comunidades culturales (art. 4.a), aunque nadie puede ser obligado a identificarse o ser asimilado a una comunidad cultural contra su voluntad (art. 4.b). A resultas de la configuración de un derecho que se predica de varios patrimonios culturales, alcanza todo el sentido que se gradúe su ejercicio, atendiendo al tipo de titular que lo haga y, por lo tanto, a su pertenencia a diferentes comunidades patrimoniales. Esos diversos grados de acceso y disfrute, según la Experta independiente (53), afectan a los siguientes colectivos: a) los depositarios o comunidades de origen, término que define la Experta independiente como «las comunidades que se consideran custodias y propietarias de un patrimonio cultural específico, personas que mantienen vivo un patrimonio cultural y/o han asumido la responsabilidad de él»; b) las personas y comunidades que consideran un patrimonio cultural parte integrante de la comunidad pero que no están involucradas en su mantenimiento; c) científicos y artistas; y d) público en general.

No se adivina muy bien el sentido de estos grupos, sobre todo porque la Experta independiente no indica en concreto cuál es la gradación del ejercicio por cada colectivo del derecho al patrimonio cultural. Por lo pronto, tanto investigadores como científicos están amparados por un derecho diferente, como es el de la libertad de investigación, y en ese marco se pro-

duce su acceso al patrimonio cultural. En cuanto a los dos primeros colectivos, son en realidad uno solo, el compuesto por los integrantes de una comunidad patrimonial. Resulta irrelevante a estos efectos que esas personas estén o no activamente involucradas en el mantenimiento del patrimonio cultural de su comunidad, pues esa circunstancia no es más que la libertad de ejercitar o no ejercitar su derecho al patrimonio cultural y no se trata de una situación estática, dado que puede revertirse en cualquier instante a voluntad del interesado. Más que de gradación en el ejercicio, la cuestión se circunscribe a sobre qué patrimonio cultural se ejercita el derecho y, en ese caso, la circunstancia vendrá marcada por la pertenencia de la persona a una comunidad patrimonial o por el ejercicio colectivo por ésta. Porque es ahí donde tendrá una relevancia específica el derecho de los integrantes de esa comunidad a participar en la determinación, interpretación y desarrollo del patrimonio cultural.

Las obligaciones del Estado frente al derecho al patrimonio cultural se articulan siguiendo la trilogía canónica de obligaciones de respetar, proteger y cumplir (54). Han sido derivadas, fundamentalmente, de las contenidas en el derecho a participar en la vida cultural, según entiende la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General nº 21. Sucintamente, se concretan en: uno, respetar y proteger el patrimonio cultural en todas sus formas, y en toda ocasión; dos, respetar y proteger el patrimonio cultural a la hora de que se formulen por el Estado otras políticas que puedan tener incidencia sobre él; tres, respetar y proteger la producción cultural de todas las comunidades patrimoniales, sea cual sea la minoría o pueblo indígena de que se trate, o si es otro tipo de comunidad patrimonial. En cuanto a la obligación de cumplir, se concreta en la obligación positiva de adoptar todas las medidas necesarias para protección, preservación, y salvaguardia del patrimonio cultural, además de su difusión y promoción. Además, el Estado se encuentra obligado, en concreto, a adoptar todas las medidas necesarias para establecer procedimientos que garanticen la plena participación de las personas y comunidades patrimoniales en la identificación, interpretación, protección, preservación y desarrollo del patrimonio cultural con el que están vinculadas.

Algunas de estas obligaciones, aunque de manera menos sistemática y de forma más general, se encuentran reconocidas en el art. 5 de la Convención de Faro de 2005 y, en lo que hace al acceso y participación democrática, en el art. 12. Y lo propio sucede con el art. 11 de la Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales.

Finalmente, a modo de conclusión, ¿cuál es el porvenir que se le avecina al derecho al patrimonio cultural concebido como derecho humano? Por lo pronto, se encuentra consagrado, con un contenido similar al que hemos concretado, en un tratado internacional en particular, la Convención-marco del Consejo de Europa de 2005 sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad. A los Estados partes en esta Convención de Faro, que se encuentra en vigor, les obliga el reconocimiento del derecho al patrimonio cultural como derecho humano y les incumben las obligaciones que de él se derivan. Pero el ámbito espacial de aplicación

de la Convención de Faro es muy reducido. Como dijimos, apenas dieciséis Estados son partes y lo más significativo se encuentra en cuáles son los Estados que no son partes. ¿Podría estar el motivo en la oposición a reconocer el derecho al patrimonio cultural como derecho humano y en las exigentes obligaciones que se derivan de ello? Lo cierto es que, en términos de aceptación de tratados, todavía no ha transcurrido un alarmante lapso de tiempo, aunque la alarma sí puede tener fundamento.

Dicho esto, el derecho al patrimonio cultural podría afirmarse por la vía consuetudinaria, aunque si tenemos en cuenta la no aceptación generalizada de la Convención de Faro de 2005, la escasa práctica y la menor *opinio iuris*, poco podría esgrimirse en esa dirección.

Pero no puede olvidarse que el contenido del derecho al patrimonio cultural se encuentra incluido en el contenido de un derecho que sí se encuentra consagrado en un texto internacional de amplia aceptación, en el art. 15 del Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, del que son partes 166 Estados –Estados Unidos no lo es– el derecho a tomar parte de la vida cultural. Es un componente de ese derecho más amplio, con lo que, para los Estados partes en el convenio, las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento del derecho al patrimonio están cubiertas. Como ya dijimos, lo que sí añade la concreción de un derecho al patrimonio cultural es su visibilidad y el hecho de que constituya un instrumento jurídico más incisivo para la protección de las comunidades patrimoniales distintas de las comunidades nacionales.

NOTAS

(1) Véase F. Francioni (2008). «Culture, Heritage and Human Rights: An Introduction» en F. Francioni y M. Scheinin (eds.), *Cultural Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 1-15

(2) En Informe de la Experta independiente en la esfera de los derechos culturales, de 21 de marzo de 2011, A/HRC/17/38, p. 4.

(3) Puede verse en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>.

(4) J. Symonides (1998). «Cultural Rights: A Neglected Category of Human Rights». *International Social Science Journal*, vol. 50, issue 158, pp. 559-572. También puede citarse el trabajo colectivo dirigido por P. Meyer-Bisch (ed.) (1993). *Droits culturels: une catégorie sous-développée de droits de l'homme*. Fribourg: Editions Universitaires.

(5) Véase K. Vasak, «Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights». *UNESCO Courier* 30: 11.

(6) Sobre la Convención, véase L. M. Arroyo Yanes (2006). «Una introducción a la Convención de la UNESCO sobre diversidad cultural». *Periférica. Revista para el análisis de la cultura y el territorio*, nº 7, pp. 120-139.

(7) En <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/122/07/PDF/G1112207.pdf?OpenElement>

- (8) P. Häberle (2000). *Introducción a la teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid. Véase también, J. Miranda (2010). «Notas sobre Cultura, Constitución y derechos culturales». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 13, pp. 47-66; y F. Balaguer Callejón (coord.) (2004). *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*. Madrid: Tecnos.
- (9) L. M. Arroyo Yanes (2006). «Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación». *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, pp. 262-283.
- (10) Véase en http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf
- (11) En BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, p. 9343 y ss.
- (12) En BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, p. 9337 y ss.
- (13) En BOE núm. 118, de 17 de mayo de 1969, p. 7462 y ss.
- (14) En BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984, p. 7715 y ss.
- (15) En BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, p. 38897 y ss.
- (16) Véase en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0034>
- (17) En BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, p. 20648 y ss.
- (18) En <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/47/135&Lang=S>
- (19) En <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/61/295>
- (20) J. Martín y Pérez de Nanclares (2008). «Comentario al art. 13» en A. Mangas Martín (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, p. 302.
- (21) Cfr. A. Mangas Martín (2008). «Comentario al art. 22» en A. Mangas Martín (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, ob. cit., p. 411.
- (22) En DOUE L 159, 28.5.2014.
- (23) En BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1960, p. 16189 y ss.
- (24) En BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1986, p. 4869 y ss.
- (25) A. F. Vrdoljak (2014). «Human Rights and Cultural Heritage in International Law» en F. Lenzerini and A. F. Vrdoljak, *International Law for Common Goods: Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature*. Oxford: Hart Publishing, pp.139-175.
- (26) En BOE núm. 156, de 1 de julio de 1982, p. 17883 y ss.
- (27) En BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2009, p. 22706 y ss.
- (28) En BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2007, p. 5242 y ss.
- (29) F. Francioni (2011). «The Human Dimension of International Cultural Law: An Introduction». *The European Journal of International Law*, vol. 22, nº 1, p. 14.
- (30) Cfr. S. Urbinati (2012). «The Role of Communities, Groups and Individuals under the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage» en S. Borelli y F. Lenzerini (eds.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*. Leyden: Nijhof, p. 203.
- (31) En BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2007, p. 6069 y ss.

- (32) M. Burri (2013). «The UNESCO Convention on Cultural Diversity: An Appraisal Five Years after Its Entry into Force». *International Journal of Cultural Property*, vol. 20, issue 4, p. 359.
- (33) En BOE núm. 155, de 30 de junio de 1989, p. 20472 y ss.
- (34) En BOE núm. 173, de 20 de julio de 2011, p. 80110 y ss.
- (35) Para un comentario, véase A. Badia Martín (1998). «Art. 27» en X. Pons Rafols (Coord.), *La Declaración Universal de Derecho Humanos. Comentario artículo por artículo*. Barcelona: Icaria, pp. 434-442.
- (36) Para un comentario de este precepto, véase R. O'Keefe (1998). «The Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR». *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, issue 4, pp. 904-923.
- (37) Cfr. J. Morsink (2000). *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*. University of Pennsylvania Press, pp. 217 y ss.
- (38) Cfr. J. Ringelheim (2013). «The Evolution of Cultural Rights in Internacional Human Rights Law». *CRIDHO-Working Paper 2013/3*, pp. 4-5.
- (39) Sobre el sentido del término cultura, puede consultarse también R. O'Keefe, «The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR», ob. cit., pp. 912-923.
- (40) Véase la Observación general nº 21, de noviembre de 2009, en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc>
- (41) Véase en http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf
- (42) Observación general nº 21, de noviembre de 2009, p. 4.
- (43) Ibid.
- (44) Ibid., p. 11.
- (45) Ibid, pp. 11-12.
- (46) Véase en <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/199.htm>
- (47) R. O'Keefe, «The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR», ob. cit, p. 909.
- (48) En Informe de la Experta independiente en la esfera de los derechos culturales, de 21 de marzo de 2011, A/HRC/17/38, p. 3.
- (49) Ibid., p. 21.
- (50) Cfr. ibid., p. 4.
- (51) Ibid.
- (52) Ibid., p. 5.
- (53) Ibid., p. 17.
- (54) Cfr. ibid, pp. 18-19.